

AB 2013/272

CBb stelt prejudiciële vragen over de verhouding tussen de Cabotageverordening en PSO-verordening.

CBb 15-04-2013, ECLI:NL:CBB:2013:BZ6922, m.nt. C.E. Houtkooper en A. Drahmann

Instantie

College van Beroep voor het bedrijfsleven

Datum

15 april 2013

Magistraten

Mrs. E.R. Eggeraat, M.A. van der Ham, J.A.M. van den Berk

Zaaknummer

AWB 12/337

AWB 12/409

AWB 12/414

AWB 12/410

AWB 12/411

AWB 12/412

AWB 12/413

Noot

C.E. Houtkooper en A. Drahmann

LJN

BZ6922

Vakgebied(en)

EU-recht / Rechtsbescherming

Bestuursprocesrecht / Algemeen

Brondocumenten

ECLI:NL:CBB:2013:BZ6922, Uitspraak, College van Beroep voor het bedrijfsleven, 15â€4â€2013

Wetgang

Art. 2 Wet personenvervoer 2000; art. 7a Besluit personenvervoer 2000; art. 5 PSO-verordening; Cabotageverordening

Essentie

Mochten de vervoersconcessies voor de Waddenveren onderhands gegund worden? CBb stelt als prejudiciële vragen of de Cabotageverordening of de PSO-verordening op de gunning van toepassing is en of deze verordeningen correct geïmplementeerd zijn in de Wet personenvervoer 2000.

Samenvatting

Het College (...) verzoekt het Hof van Justitie bij wijze van prejudiciële beslissing uitspraak te doen ten aanzien van de volgende vragen:

- 1)** *Staat aanwijzing van het Nederlandse deel van de Waddenzee als binnenwater (zone 2-water) op bijlage I bij Richtlijn 2006/87/EG in de weg aan toepassing van de Cabotageverordening op het openbaar personenvervoer over de Waddenzee tussen het Nederlandse vasteland en de Waddeneilanden Terschelling, Vlieland, Ameland en Schiermonnikoog?*
- 2)** *Staat toepasselijkheid van de Cabotageverordening in de weg aan toepassing van de PSO-verordening, gelet op artikel 1, tweede lid, van de PSO-verordening?*
- 3)** *Staat het de lidstaten vrij op grond van artikel 1, tweede lid, van de PSO-verordening uitsluitend één of meer specifieke onderdelen van deze verordening, in casu artikel 5, derde lid, en daarmee samenhangend artikel 5, vierde lid, op het openbaar personenvervoer over water van toepassing te verklaren?*
- 4)** *Kan de uitzondering opgenomen in artikel 5, vierde lid, van de PSO-verordening, meer in het bijzonder het daarin opgenomen afstandscriterium van 300.000 kilometer, (zonder meer) van toepassing worden verklaard op het openbaar personenvervoer over water?*

- 5) *Indien het antwoord op vraag 4 bevestigend luidt, welke gevolgen moeten dan worden verbonden aan het feit dat in dit geval concessies voor openbaar personenvervoer over water zijn verleend zonder dat is voldaan aan het voorschrift van artikel 7, tweede lid, van de PSO-verordening?*

Partij(en)

Uitspraak van de meervoudige kamer van 15 april 2013 in de zaak tussen

1. Wagenborg Passagiersdiensten B.V., te Delfzijl (gemachtigden: mr. H.J. Breeman en mr. J.M. Neefe) (AWB 12/337),
2. Eigen Veerdienst Terschelling B.V., te Terschelling Formerum (gemachtigden: mr. F.J. Leeftang en mr. M. Kuijper) (AWB 12/409 en 12/412),
3. MPS Stortemelk B.V., te Terschelling Formerum (gemachtigden: mr. F.J. Leeftang en mr. M. Kuijper) (AWB 12/409 en 12/412),
4. MPS Willem Barentsz B.V., te Terschelling Formerum (gemachtigden: mr. F.J. Leeftang en mr. M. Kuijper) (AWB 12/409 en 12/412),
5. N.V. MS Spathoek, te Terschelling Formerum (gemachtigden: mr. F.J. Leeftang en mr. M. Kuijper) (AWB 12/410 en 12/413),
6. A, te B (gemachtigden: mr. F.J. Leeftang en mr. M. Kuijper) (AWB 12/411 en 12/414),

appellanten

en

de Minister van Infrastructuur en Milieu, verweerder (gemachtigden: mr. R.J.M. van den Tweel en mr. P.P. Huurnink).

Als derde-partijen hebben aan het geding deelgenomen:

1. Wagenborg Passagiersdiensten B.V., te Delfzijl (hierna: Wagenborg) (AWB 12/412 tot en met 12/414) (gemachtigden: mr. H.J. Breeman en mr. J.M. Neefe),
2. B.V. Terschellinger Stoombootmaatschappij, te Terschelling (hierna: TSM) (AWB 12/409 tot en met 12/411) (gemachtigden: mr. P. Glazener en mr. E.M.M. Besselink).

Uitspraak

Procesverloop

Bij besluit van 24 mei 2011 (kenmerk IENM/BSK-2011/78469; primair besluit I) heeft verweerder aan Wagenborg een vervoersconcessie verleend op grond van de Wet personenvervoer 2000 (hierna: Wp2000) en het Besluit personenvervoer 2000 (hierna: Bp2000) voor de verbindingen tussen het vasteland en Ameland enerzijds en het vasteland en Schiermonnikoog anderzijds (concessie Waddenveren Oost).

Bij besluit van eveneens 24 mei 2011 (kenmerk IENM/BSK-2011/78460; primair besluit II) heeft verweerder aan TSM een vervoersconcessie verleend op grond van de Wp2000 en het Bp2000 voor de verbindingen tussen het vasteland en Terschelling en Vlieland (concessie Waddenveren West).

Bij besluit van 21 juni 2011 (kenmerk IENM/BSK-2011/82977; primair besluit III) heeft verweerder de aanvraag van appellante sub 2 voor de concessie Waddenveren West afgewezen.

Bij besluiten van 8 maart 2012 (de bestreden besluiten) heeft verweerder de bezwaren van appellanten sub 2, 3, 4, 5 en 6 ongegrond verklaard en de bestreden besluiten in stand gelaten onder aanvulling van artikel 6, eerste lid, van de primaire besluiten I en II.

Appellanten hebben tegen de bestreden besluiten beroep ingesteld.

Verweerder heeft een verweerschrift ingediend.

Bij beslissing van 10 december 2012 heeft het College geoordeeld dat ten aanzien van een aantal stukken die verweerder verplicht is over te leggen, beperking van de kennisneming als bedoeld in artikel 8:29 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) gerechtvaardigd is. Desgevraagd is door de overige partijen toestemming verleend mede op grondslag van die stukken uitspraak te doen.

Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 16 januari 2013.

Appellanten zijn verschenen, bijgestaan door hun gemachtigden. Voorts zijn aan de zijde van appellanten als deskundigen verschenen C en D, beiden werkzaam bij E. Verweerder heeft zich laten vertegenwoordigen door zijn gemachtigden. Als deskundige aan de zijde van verweerder is verschenen F, werkzaam bij G. De derde-partijen zijn verschenen, bijgestaan door hun gemachtigden.

Overwegingen

1.1

Bij besluit van 23 december 2009 tot wijziging van het Bp2000 in verband met de invoering van concessies voor het personenvervoer van en naar de Waddeneilanden Vlieland, Terschelling, Ameland en Schiermonnikoog (*Stb.* 2010, 30) is onder meer artikel 7a Bp2000 ingevoerd. Met de invoering van dit artikel zijn specifieke artikelen uit de Wp2000 en het Bp2000 op aangewezen verbindingen van openbaar personenvervoer van en naar voornoemde eilanden van overeenkomstige toepassing verklaard.

Op grond van artikel 7a, eerste lid, Bp2000 kan een concessie met exclusieve werking worden verleend voor het openbaar personenvervoer tussen het vasteland en de betreffende Waddeneilanden. Het derde lid van artikel 7a bepaalt dat verweerder deze concessies verleent voor de duur van ten hoogste 15 jaar nadat daartoe een aanbesteding is gehouden. Artikel 5, derde lid, van Verordening (EG) nr. 1370/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 23 oktober 2007 betreffende het openbaar personenvervoer per spoor en over de weg (*Pb* 2007, L315; hierna: PSO-verordening) is daarbij van toepassing. Tot slot is hier van belang hetgeen bepaald is in het vierde lid van artikel 7a. Op grond van dit artikellid kan verweerder in afwijking van het derde lid de in dat lid genoemde concessie voor de eerste maal verlenen zonder dat daartoe een aanbesteding is gehouden indien die concessie voldoet aan een van de kenmerken bedoeld in artikel 5, vierde lid, van de PSO-verordening.

1.2

Op 22 maart 2010 heeft de Minister van (destijds) Verkeer en Waterstaat (hierna ook aan te duiden als: verweerder) de Nota van Uitgangspunten concessieverlening Waddenveren 2010 vastgesteld ten behoeve van de eerste concessieverlening ten aanzien van de Waddenveren die plaatsvindt onder de reikwijdte van de Wp2000. In deze nota, die betrekking heeft op de vervoersconcessies Waddenveren Oost en West, zijn het doel van de concessieverlening en de procedure tot concessieverlening beschreven.

Op 26 mei 2010 is een concept Programma van Eisen Waddenveren Oost/West op het internet gepubliceerd en voor inspraak opengesteld. Daarnaast heeft verweerder de Concessieleidraad ten behoeve van de Concessie Waddenveren West/Oost opgesteld.

TSM en appellante sub 2 hebben een aanvraag ingediend voor de concessie Waddenveren West. Wagenborg heeft een aanvraag ingediend voor de concessie Waddenveren Oost. Bij de primaire besluiten I en II heeft verweerder op grond van artikel 7a, derde en vierde lid, Bp2000 de betreffende vervoersconcessies onderhands gegund aan TSM en Wagenborg voor de duur van 15 jaar. Bij het primaire besluit III heeft verweerder de aanvraag van appellante sub 2 om de concessie Waddenveren West afgewezen.

2.

Tegen de primaire besluiten I en II tot verlening van de vervoersconcessies Waddenveren Oost respectievelijk West hebben appellanten sub 2, 3, 4, 5 en 6 bezwaar gemaakt. Appellante sub 2 heeft tevens bezwaar gemaakt tegen het primaire besluit III om de vervoersconcessies Waddenveren West niet aan haar te verlenen. In de bestreden besluiten heeft verweerder de bezwaren van appellanten sub 2, 3, 4, 5 en 6 tegen de verlening van de exclusieve vervoerconcessies ongegrond verklaard. Verweerder heeft zich in de bestreden besluiten op het standpunt gesteld dat hij in redelijkheid heeft kunnen besluiten om de betreffende concessies voor de eerste maal onderhands te gunnen voor een periode van 15 jaar. Wel heeft verweerder in de aangevoerde bezwaren aanleiding gezien artikel 6, eerste lid, van de primaire besluiten I en II aan te vullen met een passage over het maximaal aantal gevaren kilometers personenvervoer.

AWB 12/337

3.1

Appellante sub 1 voert aan dat appellanten sub 2, 3, 4, 5 en 6 geen belanghebbenden zijn bij het primaire besluit I omdat hun belangen niet rechtstreeks bij dit besluit zijn betrokken. Deze ondernemingen zijn ten opzichte van haar niet in een concurrerende positie werkzaam noch zijn zij werkzaam binnen hetzelfde marktsegment dan wel hetzelfde verzorgingsgebied. Gelet hierop had verweerder deze ondernemingen in bezwaar niet-ontvankelijk moeten verklaren. Voorts stelt appellante sub 1 dat het Samenwerkingsverband Vlieland, Ameland, Schiermonnikoog en Terschelling (hierna: VAST) in bezwaar niet-ontvankelijk had moeten worden verklaard. VAST heeft als doel bepaalde gemeenschappelijke belangen van de waddengemeenten Vlieland, Terschelling, Ameland en Schiermonnikoog te behartigen. Geen van de gemeenten heeft echter bevoegdheden aan VAST overgedragen op het terrein van verkeer en vervoer noch is sprake van een aan VAST toevertrouwd belang. VAST kan daarom evenmin worden aangemerkt als belanghebbende als bedoeld in artikel 1:2, derde lid, Awb.

Tot slot stelt appellante sub 1 in reactie op het verweer van verweerder wel procesbelang te hebben. Het voortbestaan van de concessie is niet nu al zeker. Appellanten sub 2, 3, 4, 5 en 6 hebben beroep ingesteld en gegrondverklaring van deze beroepen kan tot vernietiging van het primaire besluit I leiden.

3.2

Verweerder stelt zich vooreerst op het standpunt dat Wagenborg geen procesbelang heeft bij de uitkomst van het door haar ingestelde beroep omdat de uitkomst van de heroverweging in bezwaar immers is dat de concessieverlening in stand blijft. Enig procesbelang bij het antwoord op de vraag of de bezwaarmakers belanghebbende zijn bij het besluit tot concessieverlening aan haar is pas aan de orde in het kader van de ingestelde beroepen tegen de beslissing op bezwaar. In het kader van die beroepen kan appellante sub 1 als derde-belanghebbende de belanghebbendheid van de bezwaarmakers ter discussie stellen.

Voorts stelt verweerder dat voor de beoordeling van de belanghebbendheid niet van belang is dat de bezwaarmakers door het besluit zijn geraakt in hun rechtspositie. Het gaat om de feitelijke gevolgen van het besluit. Op basis van de statutaire doelstellingen van de bezwaarmakende marktpartijen heeft verweerder het aannemelijk geacht dat de bedoelde ondernemingen in hun bedrijfsvoering gevolgen zullen ondervinden van het gebruik van de aan appellante sub 1 verleende concessie.

Ter zake van de door appellante betwiste belanghebbendheid van VAST stelt verweerder dat het openbaar lichaam Samenwerkingsverband VAST rechtspersoonlijkheid heeft op grond van artikel 8 van de Wet gemeenschappelijke regelingen. Het openbaar lichaam Samenwerkingsverband VAST heeft als publiekrechtelijke rechtspersoon zelf bezwaar ingesteld en kwalificeert zich daarmee als belanghebbende op grond van het eerste lid en met name het derde lid van artikel 1:2 Awb.

3.3

Het College volgt appellante sub 1 niet in haar betoog dat appellanten sub 2, 3, 4, 5 en 6 niet als belanghebbenden bij het primaire besluit I kunnen worden aangemerkt. Volgens vaste jurisprudentie (zie de uitspraak van het College van 28 april 2010, *LJN* BM4375 (*AB* 2010/186, m.nt. J. Wolswinkel; *red.*)) zijn ondernemers of ondernemingen als belanghebbenden aan te merken als zij in een concurrerende positie op dezelfde markt opereren of willen gaan opereren als de begunstigde van een besluit. Appellanten sub 2, 3, 4, 5 en 6 zijn ondernemingen die onder meer openbaar personenvervoer over de Waddenzee verzorgen en dus opereren op één of meer marktsegmenten waar de concessie Waddenveren Oost betrekking op heeft.

Aangezien voor het verrichten van openbaar personenvervoer waar het hier om gaat een concessie is vereist en appellanten sub 2, 3, 4, 5 en 6 kennelijk de wens hebben mee te dingen naar een zodanige concessie en zij die weg nu afgesloten zien door het besluit van verweerder van 24 mei 2011, dienen appellanten sub 2, 3, 4, 5 en 6, als (potentiële) concurrenten, aangemerkt te worden als belanghebbenden bij de thans verleende concessie.

Voor zover het beroep van appellante sub 1 is gericht op het ontbreken van belanghebbendheid van VAST overweegt het College dat VAST niet in beroep is gekomen tegen de beslissing op bezwaar van 8 maart 2012. Appellante sub 1 heeft derhalve geen belang bij een inhoudelijk oordeel over de belanghebbendheid van VAST.

Gelet op het vorenstaande komt het College tot de conclusie dat het beroep van appellante sub 1 niet slaagt.

AWB 12/409 tot en met 12/414

4.1

Appellanten sub 2, 3, 4, 5 en 6 stellen dat artikel 1 van de PSO-verordening, waarin is bepaald dat de lidstaten de bepalingen van deze verordening kunnen toepassen op het openbare personenvervoer over binnenwateren en in de nationale zeewateren, slechts zo kan worden gezien dat de verordening ook kan gelden ten aanzien van vervoer over nationale wateren als een lidstaat dat uitdrukkelijk vaststelt. Vanwege de verstrekking van deze inbreuk op algemene beginselen van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (hierna: VWEU) is een wet in formele zin vereist voordat sprake kan zijn van de toepassing van de PSO-verordening op een extra categorie vervoer. Het wetsvoorstel tot wijziging van de Wp2000 dat de Minister in dat verband heeft ingediend is door de Eerste Kamer verworpen. Er is derhalve geen wettelijke grondslag voor het verlenen van een concessie op grond van of met toepassing van bepalingen van de PSO-verordening.

4.2

Verweerder stelt dat de wettelijke grondslag die is vereist voor invoering van een concessiestelsel wordt gevormd door artikel 2, tweede lid, Wp2000. Voorts biedt artikel 49 Wp2000 een wettelijke grondslag voor het bij of krachtens algemene maatregel van bestuur stellen van nadere regels over de wijze waarop de aanbesteding van de concessie plaatsvindt.

4.3

Het besluit van 23 december 2009 waarbij artikel 7a Bp2000 is ingevoerd is gebaseerd op artikel 2, tweede lid, Wp2000. Hierin is bepaald dat bij algemene maatregel van bestuur kan worden bepaald dat deze wet of de daarop berustende

bepalingen geheel of gedeeltelijk mede van toepassing zijn op vervoer dat overeenkomst vertoont met het in het eerste lid bedoelde vervoer.

In de Memorie van Toelichting bij artikel 2 van de Wet personenvervoer 2000 (*Kamerstukken II* 1998/99, 26 456, nr. 3, p. 55) is onder meer het volgende vermeld:

“Het tweede lid biedt, evenals de huidige Wet personenvervoer de mogelijkheid om bij algemene maatregel van bestuur de wet of delen daarvan voor bepaalde soorten van openbaar vervoer en besloten busvervoer niet van toepassing te verklaren. Voorts kunnen andere vervoersconcepten of vervoertechnieken zoals openbaar vervoer over water op grond van dit artikel nu juist geheel of gedeeltelijk onder de werkingssfeer van de wet worden gebracht. Deze laatste mogelijkheid is bij voorbeeld gebruikt voor openbaar vervoer op afroep (*Stb.* 1997, 249) en openbaar vervoer te water (*Stb.* 1998, 195). Deze vervoersconcepten zullen ook op grond van artikel 2, tweede lid, van dit wetsvoorstel bij algemene maatregel van bestuur worden geregeld.”

Uit het vorenstaande leidt het College af dat het de bedoeling van de wetgever is geweest om het openbaar personenvervoer over water eveneens onder de werkingssfeer van de Wp2000 te brengen. Met de invoering van artikel 5c (oud; thans artikel 7) Bp2000 (*Stb.* 1998, 195), waarin de werkingssfeer van de Wp2000 is uitgebreid naar het voor een ieder openstaand personenvervoer volgens een dienstregeling per passagiersschip met uitzondering van het vervoer dat wordt verricht met passagiersschepen op de Waddenzee, is dit ook geschied.

De wijziging van het Bp2000 waarbij een concessiestelsel voor het openbaar personenvervoer over water van en naar de Waddeneilanden Vlieland, Terschelling, Ameland en Schiermonnikoog is ingevoerd, is gebaseerd op voornoemd artikel 2, tweede lid, Wp2000. Gelet hierop bestaat er volgens het College geen aanleiding voor het oordeel dat voor de besluiten tot concessieverlening een basis in een formele wet ontbreekt.

Deze grond slaagt niet.

5.1

Appellanten sub 2, 3, 4, 5 en 6 stellen dat artikel 7a Bp2000 in strijd is met Verordening (EEG) nr. 3577/92 van de Raad van 7 december 1992 houdende toepassing van het beginsel van het vrij verrichten van diensten op het zeevervoer binnen de lidstaten (cabotage in het zeevervoer) (*Pb* 1992, L364; hierna: Cabotageverordening). Deze verordening, die lidstaten ertoe verplicht om exclusieve concessies uitsluitend in te voeren als daartoe een noodzaak bestaat, is van toepassing op de Nederlandse Waddenzee. Dat de Waddenzee op basis van (inter)nationale regelgeving of Europese regelgeving inzake technische voorschriften voor schepen wordt gekwalificeerd als binnenwater doet volgens appellanten niet af aan het feit dat vervoer op de Waddenzee vervoer over zee in de zin van de Cabotageverordening betreft. In dit verband verwijzen zij naar het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: Hof van Justitie) in zaak C-323/03 (arrest van 9 maart 2006, C-323/03, *Commissie/Spanje*, *Jurispr.* 2006, p. I-2161). In dit arrest overwoog het Hof van Justitie onder meer, onder verwijzing naar het arrest van 20 februari 2001 in zaak C-205/99 (*Analir e.a.*), dat bij de uitlegging van de termen “vervoer over zee [...] tussen havens” rekening moet worden gehouden met de doelstelling van de Cabotageverordening, te weten de tenuitvoerlegging van het vrij verrichten van diensten voor cabotage in het zeevervoer. Appellanten stellen dat het onverenigbaar met deze doelstelling is om omvangrijke vervoersdiensten, zoals de bij de concessiebesluiten aan de orde zijnde veerverbindingen, van toepassing van de verordening uit te sluiten op grond van de redenering dat het vervoer over de Waddenzee niet als vervoer over zee in de zin van de Cabotageverordening is aan te merken. Daar komt bij dat de Duitse Waddenzee wel is onderworpen aan de Cabotageverordening. Het is ondenkbaar dat de liberalisering van het zeevervoer binnen de Europese Unie eindigt bij de grens tussen de Nederlandse en Duitse Waddenzee.

Daarnaast wijzen appellanten sub 2, 3, 4, 5 en 6 erop dat de stelling van verweerder dat zowel op nationaal als op Europees niveau het Waddengebied expliciet als binnenwater is aangemerkt, onjuist is. Richtlijn 2009/45/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 mei 2009 inzake veiligheidsvoorschriften en -normen voor passagiersschepen (*Pb* 2009, L163; hierna: Richtlijn 2009/45), die net als de Cabotageverordening is gebaseerd op artikel 80, tweede lid, EG-verdrag (thans: artikel 100, tweede lid, VWEU) en in de overwegingen verwijst naar de Cabotageverordening, bepaalt in artikel 4, tweede lid, dat iedere lidstaat een lijst van zeegebieden onder zijn jurisdictie moet hebben opgesteld en gepubliceerd. Ter uitvoering van deze richtlijn is in de Regeling veiligheid zeeschepen het Waddengebied aangewezen als klasse D zeegebied.

Bovendien heeft verweerder met de in artikel 7a Bp2000 gehanteerde bewoordingen expliciet willen uitsluiten dat derden via de verbindingen met de Noordzee of door de verbindingen met de Noordzee openbaar personenvervoer verrichten buiten de concessie om. Het geconcessioneerde vervoer omvat dan ook zonder twijfel cabotage met eilanden, zoals gedefinieerd in de Cabotageverordening. Het omvat immers openbaar personenvervoer tussen twee of meer aanlegplaatsen gelegen aan de Waddenzee, dat plaatsvindt via of over (gedeeltes van) (de verbindingen met) de Noordzee.

Voorts betogen appellanten sub 2, 3, 4, 5 en 6 dat de in artikel 7a, vierde lid, Bp2000 opgenomen mogelijkheid van onderhandse gunning in het geval de concessie voldoet aan de voorwaarden in artikel 5, vierde lid, van de PSO-verordening in strijd is met het Europese recht. De PSO-verordening kan van toepassing worden verklaard op openbaar vervoer over zee, onverminderd de toepasselijkheid van de Cabotageverordening, zo is in artikel 1, tweede lid, van de PSO-verordening bepaald. Aangezien de Cabotageverordening van toepassing is op het openbaar personenvervoer over de

Waddenzee moet rekening worden gehouden met de voorschriften die voortvloeien uit de Cabotageverordening. Voor zover de Cabotageverordening niet van toepassing zou zijn op vervoer op de Waddenzee heeft volgens appellanten sub 2, 3, 4, 5 en 6 te gelden dat verweerder artikel 5, vierde lid, van de PSO-verordening niet kan toepassen op het openbaar vervoer over de Waddenzee. Deze bepaling kent de mogelijkheid om te opteren voor een onderhandse gunning van concessies met een jaarlijks aantal kilometers openbaar vervoer dat lager ligt dan 300.000. Verweerder kan deze uitzondering echter niet van toepassing verklaren op openbaar personenvervoer over de Waddenzee omdat deze uitzondering niet bedoeld is voor openbaar personenvervoer over zee en binnenwateren. De PSO-verordening is geschreven voor openbaar personenvervoer over spoor en weg. Dit volgt ook uit de geschiedenis van de totstandkoming van de PSO-verordening. De eerste conceptversie van de PSO-verordening die wel van toepassing was op openbaar personenvervoer over de binnenwateren bevatte immers geen kilometerdrempel. Pas op het moment dat openbaar personenvervoer over zee- of binnenwateren werd uitgezonderd van de PSO-verordening is de kilometerdrempel in het voorstel opgenomen.

Tot slot wijzen appellanten sub 2, 3, 4, 5 en 6 er op dat verweerder er voor heeft gekozen slechts de mogelijkheid van onderhandse gunning uit de PSO-verordening van toepassing te verklaren op het openbaar personenvervoer over de Waddenzee. Dit is in strijd met artikel 1, tweede lid, van de PSO-verordening dat het blijken de Franse en Engelse tekst uitsluitend mogelijk maakt om alle bepalingen van de PSO-verordening van toepassing te verklaren. Net zoals artikel 5, derde lid, van die verordening gekoppeld is aan artikel 5, vierde lid, is ook de publicatieverplichting in artikel 7 van de PSO-verordening gekoppeld aan de onderhandse gunning. Derhalve had artikel 7, samen met alle overige bepalingen van de PSO-verordening, van toepassing moeten worden verklaard.

5.2

Verweerder stelt dat op Europees niveau voorschriften met betrekking tot de gunning van concessies voor het voor een ieder openstaand openbaar vervoer over de binnenwateren ontbreken. Het staat de nationale wetgever derhalve vrij om de wijze van gunning van deze concessies vast te stellen en daartoe in de nationale wet- en regelgeving de mogelijkheid van onderhandse gunning op te nemen. Met artikel 7a Bp2000 heeft de wetgever hier invulling aan gegeven door voor de wijze van gunning gebruik te maken van de in artikel 1, tweede lid, van de PSO-verordening neergelegde mogelijkheid aan te sluiten bij artikel 5, derde en vierde lid, van die verordening. Uitgangspunt in de nationale concessieregelgeving is dat vervoersconcessies openbaar worden aanbesteed. Op deze in artikel 7a, derde lid, Bp2000 geformuleerde hoofdregel wordt - uitsluitend bij wijze van overgangsmaatregel - een uitzondering gemaakt door voor de eerste verlening van de concessies aan te sluiten bij artikel 5, vierde lid, van de PSO-verordening.

Het standpunt van appellanten dat de Cabotageverordening van toepassing is op de veerverbindingen tussen het vasteland en de Waddeneilanden is volgens verweerder onjuist. De Cabotageverordening is gebaseerd op artikel 100, tweede lid, VWEU, zodat deze verordening per definitie alleen ziet op zeevervoer. Het Waddengebied betreft een binnenwater, zodat de Waddenverbindingen niet als zeevervoer zijn aan te merken. In dit verband wijst verweerder er op dat de Waddenzee is opgenomen in bijlage I bij Richtlijn 2006/87/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 tot vaststelling van technische voorschriften voor binnenschepen en tot intrekking van Richtlijn 82/714/EEG van de Raad (*Pb* 2006, L389; hierna: Richtlijn 2006/87). Ook uit de Cabotageverordening zelf volgt dat deze niet van toepassing is op het personenvervoer tussen het vasteland en de Waddeneilanden. Met cabotage wordt alleen bedoeld op het verrichten van binnenlands vervoer door vervoerondernemingen uit een andere EU-lidstaat. Bij de Waddenveren is geen sprake van cabotage omdat het grensoverschrijdend element ontbreekt. Het door appellanten aangehaalde arrest van het Hof van Justitie in de zaak Commissie/Spanje doet aan die conclusie niet af. Ook de stelling dat het geconcessioneerde vervoer mede het vervoer over de zee zou omvatten faalt. Artikel 7a Bp2000 spreekt over de verbindingen met de Noordzee omdat dit onderdeel vormt van de beschrijving van het Waddengebied als binnenwater, zoals ook opgenomen in de bijlage bij Richtlijn 2006/87. De delen water tussen de eilanden zijn namelijk aan de landzijde van de basislijn gelegen en behoren tot het Waddengebied als binnenwater. Het geconcessioneerde vervoer vindt niet over de Noordzee plaats.

Met de verwijzing door appellanten naar Richtlijn 2009/45 en de Regeling veiligheid zeeschepen zien appellanten volgens verweerder over het hoofd dat deze regeling is gebaseerd op het varen buitengaats over zee door het passeren van een bepaalde lijn. Deze lijn is vergelijkbaar met de basislijn voor vaststelling van de territoriale zee en loopt over de noordelijke kustlijn van de Waddeneilanden. De delen van het Waddengebied waarop de vervoersconcessies zijn in dit verband dus niet als zeegebied aangewezen.

Uit het feit dat de PSO-verordening in beginsel slechts van toepassing is op het openbaar personenvervoer per bus- en spoor kan niet worden afgeleid dat de kilometerdrempel niet op andere vervoersvormen kan worden toegepast. In artikel 1, tweede lid, van de PSO-verordening is de lidstaten de mogelijkheid gegeven bepalingen van deze verordening van toepassing te verklaren op het vervoer over binnenwateren. Indien de Europese wetgever de bedoeling heeft gehad de kilometerdrempel slechts ten aanzien van bepaalde vervoersvormen toe te staan, dan zou dit uitdrukkelijk tot uitdrukking hebben moeten komen in de PSO-verordening. Evenmin kan uit de totstandkomingsgeschiedenis van de PSO-verordening worden afgeleid dat de kilometerdrempel niet zou kunnen worden toegepast op vervoer over binnenwateren. De bepaling in artikel 1, tweede lid, van de PSO-verordening dat de lidstaten de bepalingen van de PSO-verordening kunnen toepassen

onverminderd de Cabotageverordening geldt volgens verweerder slechts indien de PSO-verordening van toepassing wordt verklaard op het openbare personenvervoer over zee, en derhalve niet als de PSO-verordening slechts van toepassing wordt verklaard op het openbare personenvervoer over de binnenwateren.

Tot slot stelt verweerder dat artikel 7, tweede lid, van de PSO-verordening in de nationale regelgeving niet van toepassing is verklaard op openbaar personenvervoer over de binnenwateren en daarmee toepassing mist op de onderhavige concessieverlening. Anders dan appellanten stellen heeft de nationale wetgever op grond van artikel 1, tweede lid, van de PSO-verordening een discretionaire bevoegdheid om alleen voor de wijze van verlening van de vervoerconcessie en voor de concessieduur aan te sluiten bij de artikelen van de PSO-verordening waarin deze onderwerpen zijn geregeld. Op basis van Europees en nationaal recht bestaat geen verplichting om ook de overige artikelen van de PSO-verordening toe te passen op de Waddenveren. Daar komt bij dat verweerder voldoende openbaarheid heeft betracht met de concessieverlening en het concrete voornemen tot concessieverlening één jaar voor de daadwerkelijke verlening kenbaar heeft gemaakt. Daarbij heeft verweerder zelfs meer informatie verstrekt dan artikel 7 van de PSO-verordening vereist.

5.3

Wagenborg onderschrijft het standpunt van verweerder en voert in aanvulling daarop aan dat onder de Cabotageverordening exclusiviteit is toegestaan indien deze noodzakelijk is. In dit geval is uit diverse rapporten gebleken dat aan deze voorwaarde voor exclusiviteit is voldaan.

5.4

TSM stelt dat op Europees niveau onderscheid wordt gemaakt tussen binnenwateren en zee. De Cabotageverordening is van toepassing op vervoersdiensten over zee. In de verordening wordt consequent gesproken over vervoer over zee en de grondslag van de verordening is gelegen in (de voorganger van) artikel 100, tweede lid, VWEU. Daarmee kan de Cabotageverordening niet ook van toepassing zijn op binnenwateren, dan zou een andere wettelijke grondslag vereist zijn. Nu de Waddenzee een binnenwater is en geen zee, is de Cabotageverordening hierop niet van toepassing. Voor binnenwateren gelden andere liberaliseringsvoorschriften. Zelfs als de Cabotageverordening in het onderhavige geval wel van toepassing zou zijn dan verzet deze verordening zich volgens TSM niet tegen de invoering van de concessiesystematiek. Een dergelijke systematiek, waarbij concurrentie plaatsvindt om de markt in plaats van in de markt, achtte de nationale wetgever noodzakelijk om een reguliere, structurele betrouwbare, betaalbare en financieel gezonde bootdienst te kunnen garanderen, die geen subsidie van de overheid behoeft. Deze keuze werd mede ondersteund door een onderzoek door de RebelGroup Advisory B.V. Naar de mening van TSM was deze keuze gerechtvaardigd, noodzakelijk en evenredig en derhalve in overeenstemming met de Cabotageverordening, indien deze van toepassing zou zijn. De stelling van appellanten sub 2, 3, 4, 5 en 6 dat het Waddengebied als klasse D zeegebied in de zin van Richtlijn 2009/45 is aangewezen is onjuist. De kaart die de grenzen van de verschillende zeegebieden aangeeft, geeft weliswaar de buitengrens van het klasse D zeegebied aan, maar niet de binnengrens daarvan. Deze binnengrens wordt gevormd door de grens tussen het zeegebied en de binnenwateren. Vanaf deze grens is er geen sprake meer van zeegebied van welke klasse dan ook. Dit betekent dat het klasse D zeegebied rondom de Wadden een aantal kilometer boven de Waddeneilanden begint en eindigt met de grens met de binnenwateren. De interpretatie van appellanten zou ertoe leiden dat de Waddenzee zowel binnenwater als zeegebied zou zijn. Dit is niet alleen onlogisch maar zou leiden tot praktische bezwaren.

Dat de aanwijzing van de Waddenzee als binnenwater in de zin van Richtlijn 2006/87 willekeurig zou zijn omdat dit onder de verantwoordelijkheid van de lidstaten plaatsvindt, volgt TSM niet. Het is aan de Commissie om te bepalen hoe de aanwijzing van binnenwateren plaatsvindt. Daarmee is geen sprake van een artificiële indeling in zee of binnenwater en kunnen lidstaten niet zelfstandig zeevervoersdiensten van de liberalisering van het zeevervoer uitsluiten. De vergelijking met het arrest van het Hof van Justitie in de zaak Commissie/Spanje gaat niet op nu het in die zaak niet ging om het onderscheid tussen zee enerzijds en binnenwateren anderzijds.

Het argument van appellanten sub 2, 3, 4, 5 en 6 dat uit de formulering van artikel 7a Bp2000 kan worden afgeleid dat de concessie mede betrekking heeft op vervoer over de Noordzee en dat er daarom sprake is van vervoer over zee in de zin van de Cabotageverordening kan volgens TSM evenmin slagen. Appellanten gaan er ten onrechte vanuit dat met 'verbindingen met de Noordzee' in feite wordt bedoeld verbindingen over of via de Noordzee. Deze uitleg is echter in strijd met de tekst van de betreffende bepaling en de plaats van de zinsnede 'verbindingen met de Noordzee'.

De PSO-verordening is volgens TSM in dit geval evenmin van toepassing omdat deze verordening niet geldt voor het (personen)vervoer over de binnenwateren. De lidstaten hebben op grond van artikel 1, tweede lid, van de PSO-verordening de mogelijkheid om bepalingen van de verordening tevens van toepassing te verklaren op het openbare personenvervoer over de binnenwateren maar zij zijn daartoe niet verplicht. Bovendien zijn de lidstaten vrij in de keuze welke bepalingen van de PSO-verordening zij van toepassing willen verklaren.

De stelling van appellanten sub 2, 3, 4, 5 en 6 dat artikel 5, vierde lid, van de PSO-verordening een uitzondering is op de hoofdregel dat openbardienstcontracten moeten worden aanbesteed en deze bepaling daarom restrictief moet worden uitgelegd is volgens TSM misplaatst. De hoofdregel is juist dat de PSO-verordening helemaal niet van toepassing is op

vervoer over water en dat er voor concessies geen verplichting tot aanbesteding bestaat nu de aanbestedingsrichtlijnen hierop niet van toepassing zijn. Niet valt in te zien waarom de wetgever niet de mogelijkheid heeft kunnen introduceren om de eerste concessie onderhands te verlenen. De vraag of de kilometerdrempel in de PSO-verordening bedoeld is voor openbaar personenvervoer over water kan in het midden blijven nu de wetgever er ook voor had kunnen kiezen onderhandse concessieverlening mogelijk te maken zonder een verwijzing naar de PSO-verordening.

5.5

Gelet op hetgeen partijen over en weer naar voren hebben gebracht overweegt het College als volgt.

5.6

De juistheid van de keuze die de wetgever heeft gemaakt in artikel 7a Bp2000, op grond waarvan de voorliggende vervoersconcessies zijn verleend, voor een concessiesystematiek met de mogelijkheid van onderhandse gunning hangt onder meer af van de vraag of met het openbaar personenvervoer over de Waddenzee tussen het vasteland en de Waddeneilanden Terschelling, Vlieland, Ameland en Schiermonnikoog sprake is van cabotage in de zin van de Cabotageverordening. Ingeval sprake is van cabotage dan is het onderhands gunnen van de concessie niet toegestaan omdat daarmee niet wordt voldaan aan het beginsel van non-discriminatie zoals neergelegd in artikel 4, eerste lid, van de Cabotageverordening.

Partijen verschillen van mening over de vraag of de Waddenzee aangemerkt moet worden als een zee in de zin van de Cabotageverordening dan wel als binnenwater, in welk geval deze verordening in het voorliggende geval niet van toepassing is.

In de Cabotageverordening is geen definitie gegeven van het begrip “zee”. Volgens het Hof van Justitie in het door appellanten sub 2, 3, 4, 5 en 6 aangehaalde arrest Commissie/Spanje (punt 23) moet bij de uitlegging van een bepaling van Unierecht niet alleen rekening worden gehouden met de bewoordingen, maar eveneens met de context ervan en met de doeleinden die worden beoogd door de regeling waarvan zij deel uitmaakt. Bijgevolg moet bij de uitlegging van de zinsnede “vervoer over zee [...] tussen havens”, die deel uitmaakt van de in artikel 2, punt 1, sub a en c, van de Cabotageverordening gegeven definities van cabotage met het vasteland en cabotage met eilanden, rekening worden gehouden met de doelstelling van deze verordening, te weten de tenuitvoerlegging van het vrij verrichten van diensten voor cabotage in het zeevervoer onder de voorwaarden en met inachtneming van de uitzonderingen die in deze verordening zijn voorzien.

Vaststaat dat het doel van de Cabotageverordening is de liberalisering van het zeevervoer. In de considerans van de verordening is onder meer vermeld dat het vrij verrichten van diensten dient te worden toegepast op het zeevervoer binnen de lidstaten. Deze vrijheid moet volgens de considerans gelden voor de reders uit de Unie die met een in een lidstaat geregistreerd schip varen.

Verweerder heeft ter onderbouwing van zijn standpunt Richtlijn 2006/87 aangehaald, waarin de Waddenzee als binnenwater is aangemerkt. Het College stelt vast dat deze richtlijn blijkens haar considerans een ander doel heeft dan de Cabotageverordening, namelijk de invoering van geharmoniseerde voorwaarden voor de afgifte van technische certificaten voor binnenschepen in alle lidstaten.

Mede in het licht van het vorenstaande is het voor het College niet duidelijk of met een beroep op vorengenoemde richtlijn het toepassingsbereik van de Cabotageverordening nader kan worden ingevuld. Omdat de jurisprudentie van het Hof van Justitie geen aanknopingspunten biedt om op dit punt uitsluitsel te kunnen geven is het College gehouden het Hof van Justitie om een prejudiciële beslissing te verzoeken.

5.7

Vorenstaande geldt eveneens voor de door partijen opgeworpen rechtsvragen over de toepassing van de PSO-verordening. In artikel 7a, derde en vierde lid, Bp2000 zijn twee artikelonderdelen van de PSO-verordening, te weten artikel 5, derde en vierde lid, van toepassing verklaard op concessies voor het openbaar personenvervoer tussen het vasteland en Vlieland, Terschelling, Ameland en Schiermonnikoog. Artikel 1, tweede lid, van de PSO-verordening bepaalt dat de lidstaten de bepalingen van de PSO-verordening kunnen toepassen op het openbaar personenvervoer over de binnenwateren en in de nationale zeewateren, onverminderd de Cabotageverordening. Gelet op deze bewoordingen ziet het College zich voor de vraag gesteld in welke verhouding de beide verordeningen tot elkaar staan.

Daarnaast ligt in deze procedure de vraag voor of de bewoordingen “de bepalingen” in artikel 1, tweede lid, van de PSO-verordening de lidstaten de vrijheid laten om slechts één of meer specifieke onderdelen van deze verordening van toepassing te verklaren in nationale wet- en regelgeving ter zake van het openbaar personenvervoer op de binnenwateren en in de nationale zeewateren, of dat deze bewoordingen de strekking hebben dat de PSO-verordening in dat geval in zijn totaliteit op dit openbaar personenvervoer van toepassing is. Appellanten hebben in dit verband gewezen op andere taalversies van het betreffende artikellid. De Duitse tekst luidt: “Die Mitgliedstaaten können diese Verordnung [...] anwenden.” en in de Engelse tekst worden de bewoordingen “Member States may apply this Regulation [...] national sea waters.” gebruikt.

Het komt het College voor dat uit een vergelijking van de verschillende taalversies van artikel 1, tweede lid, van de PSO-verordening de conclusie getrokken zou kunnen worden dat, zoals appellanten sub 2, 3, 4, 5 en 6 voorstaan, de lidstaten niet naar eigen inzicht slechts delen van de PSO-verordening van toepassing kunnen verklaren. Op grond van de tekst van artikel 1, tweede lid, van de PSO-verordening en gelet op de omstandigheid dat deze vraag tot op heden niet aan de orde is geweest in de jurisprudentie van het Hof van Justitie, is het voor het College echter niet mogelijk met zekerheid een oordeel over deze vraag te vellen.

Tot slot verschillen partijen van mening over de vraag of artikel 5, vierde lid, van de PSO-verordening, meer in het bijzonder het daarin opgenomen afstandscriterium van 300.000 kilometer, (zonder meer) van toepassing kan worden verklaard op het openbaar vervoer over water. De considerans, noch de totstandkomingsgeschiedenis van de PSO-verordening bieden een voldoende duidelijk aanknopingspunt voor de beantwoording van deze vraag. Weliswaar kan de werkingssfeer van de PSO-verordening worden uitgebreid naar het openbaar personenvervoer over water, maar hetgeen appellanten sub 2, 3, 4, 5 en 6 aan de orde hebben gesteld roept de vraag op of het kader waarbinnen en de voorwaarden waaronder openbardienstcontracten voor het openbaar personenvervoer per spoor en over de weg met toepassing van artikel 5 van de PSO-verordening worden gegund zonder meer kunnen worden toegepast op de gunning van openbardienstcontracten voor het openbaar personenvervoer over water, gelet op de specifieke kenmerken van de onderscheiden vervoersvormen.

5.8

De onduidelijkheid die bestaat bij beantwoording van de hiervoor aangeduide vragen, brengt met zich dat het College ingevolge artikel 267 VWEU gehouden is dienaangaande het Hof van Justitie om een prejudiciële beslissing te verzoeken.

5.9

Het vorenstaande leidt ertoe dat de procedure voor het College in afwachting van de prejudiciële beslissing wordt geschorst. Het College zal iedere verdere beslissing in dit geding aanhouden.

Beslissing

Het College:

- heropent het onderzoek;
- verzoekt het Hof van Justitie bij wijze van prejudiciële beslissing uitspraak te doen ten aanzien van de volgende vragen:
 - 1)
Staat aanwijzing van het Nederlandse deel van de Waddenzee als binnenwater (zone 2-water) op bijlage I bij Richtlijn 2006/87 in de weg aan toepassing van de Cabotageverordening op het openbaar personenvervoer over de Waddenzee tussen het Nederlandse vasteland en de Waddeneilanden Terschelling, Vlieland, Ameland en Schiermonnikoog?
 - 2)
Staat toepasselijkheid van de Cabotageverordening in de weg aan toepassing van de PSO-verordening, gelet op artikel 1, tweede lid, van de PSO-verordening?
 - 3)
Staat het de lidstaten vrij op grond van artikel 1, tweede lid, van de PSO-verordening uitsluitend één of meer specifieke onderdelen van deze verordening, in casu artikel 5, derde lid, en daarmee samenhangend artikel 5, vierde lid, op het openbaar personenvervoer over water van toepassing te verklaren?
 - 4)
Kan de uitzondering opgenomen in artikel 5, vierde lid, van de PSO-verordening, meer in het bijzonder het daarin opgenomen afstandscriterium van 300.000 kilometer, (zonder meer) van toepassing worden verklaard op het openbaar personenvervoer over water?
 - 5)
Indien het antwoord op vraag 4 bevestigend luidt, welke gevolgen moeten dan worden verbonden aan het feit dat in dit geval concessies voor openbaar personenvervoer over water zijn verleend zonder dat is voldaan aan het voorschrift van artikel 7, tweede lid, van de PSO-verordening?
- houdt iedere verdere beslissing aan.

Noot

Auteur: C.E. Houtkooper en A. Drahmnn^[1]

1.

Het CBb stelt in deze uitspraak prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie over de verhouding tussen de Cabotage- en PSO-verordening en de wijze waarop deze verordeningen zich verhouden tot de Wet personenvervoer 2000 (Wp2000). De kern van het geschil heeft betrekking op de vraag of de concessies voor het exploiteren van een tweetal Waddenveren onderhands gegund mocht worden of dat hiervoor een openbare aanbesteding had moeten plaatsvinden. Deze uitspraak is daarmee een vervolg op de serie 'Havenoorlog op Terschelling' zoals deze eerder door L.J.A. Damen in de AB is geannoteerd (AB 2010/217 t/m AB 2010/220). Hierna zal eerst kort ingegaan worden op deze voorgeschiedenis en de feiten in deze procedure (onder 2). Vervolgens komt het (proces)belang van de appellanten aan de orde (onder 3). Daarna wordt ingegaan op de kern van de uitspraak: de verhouding tussen de Cabotage- en PSO-verordening en de Wp2000. De gestelde prejudiciële vragen zijn niet alleen interessant voor het vervoersrecht, maar ook voor het algemeen bestuursrecht, omdat ze ingaan op de problematiek die kan ontstaan als meerdere Europese verordeningen betrekking (lijken te) hebben op hetzelfde onderwerp en discussie over de verhouding tussen de verordeningen kan ontstaan door het ontbreken van duidelijke definitie- en reikwijdtebepalingen en verschillende taalversies.

2.

De minister van Infrastructuur en Milieu heeft een concessie verleend aan Wagenborg. Deze concessie geeft het exclusieve recht om een veerdienst te exploiteren tussen het vasteland en de eilanden Ameland en Schiermonnikoog (de concessie Waddenveren Oost). Daarnaast heeft de minister een tweede concessie verleend aan TSM. Deze concessie geeft het exclusieve recht om een veerdienst te exploiteren tussen het vasteland en de eilanden Terschelling en Vlieland (de concessie Waddenveren West).

Deze concessies zijn verleend zonder dat een openbare aanbesteding heeft plaatsgevonden; de concessies zijn onderhands gegund. Ook concurrenten van Wagenborg en TSM hadden echter in aanmerking willen komen voor deze concessies. Een van deze concurrenten is EVT. TSM en EVT zijn al jaren in een juridisch gevecht verwickeld over het mogen exploiteren van een veerdienst tussen het vasteland en Terschelling. Er is geprocedeerd over het (al dan niet) verlenen van ligplaatsvergunningen door het college van burgemeester en wethouders van Terschelling (waarvan de vier in de AB gepubliceerde uitspraken — AB 2010/217 t/m AB 2010/220 — nog maar een selectie zijn), diverse bestuursrechtelijke handavingsverzoeken (o.a. Rb. Leeuwarden 6 januari 2011, *LJN* BO0759 en BO9754 en ABRvS 23 november 2011, *LJN* BU5443), civiele kortgedingen (Rb. Leeuwarden 25 juli 2012, *LJN* BX2708) en Wob-verzoeken (Rb. Leeuwarden 18 juli 2012, *LJN* BX1647 en BX1648). Daarnaast loopt er ook nog een civiele onrechtmatige daadprocedure tussen EVT en de gemeente, de Staat en TSM (Rb. Leeuwarden 12 december 2012, *NJF* 2013/145). Ook in deze civiele procedure kwam de verhouding tussen de Cabotage- en PSO-verordening aan de orde, waarop hierna onder punt 5 nog nader wordt ingegaan.

3.

De eerste vraag die in de uitspraak aan de orde komt, is of de concurrenten kunnen worden aangemerkt als belanghebbende. Het CBb oordeelt dat dit volgens vaste jurisprudentie het geval is. Volgens het CBb zijn ondernemingen 'als belanghebbenden aan te merken als zij in een concurrerende positie op dezelfde markt opereren of willen gaan opereren als de begunstigde van een besluit'. De appellanten zijn ondernemingen die onder meer openbaar personenvervoer over de Waddenzee verzorgen. Zij opereren dus op één of meer marktsegmenten waar de concessie betrekking op heeft en door de concessieverlening aan TVM en Wagenborg kunnen zij niet meer zelf mededingen naar een concessie. Appellanten zijn dus (potentiële) concurrenten en moeten aangemerkt worden als belanghebbenden. Het CBb verwijst in de uitspraak naar de uitspraak van 28 april 2010 (*LJN* BM4375), AB 2010/186, m.nt. C.J. Wolswinkel (Pierik en Meson/burgemeester Zwolle over het exploiteren van een speelautomatenhal). Vgl. ook CBb 5 april 2011, AB 2011/112, m.nt. I. Sewandono. De Afdeling hanteert een grotendeels vergelijkbare lijn. Een concurrent kan worden aangemerkt als belanghebbende als de desbetreffende ondernemer in hetzelfde marktsegment werkzaam is binnen hetzelfde verzorgingsgebied dan wel concrete plannen ter zake heeft (ABRvS 13 mei 2009, AB 2009/206, m.nt. R. Ortlep). Ook bij een besluit tot subsidieverlening kunnen concurrenten worden aangemerkt als belanghebbende. Uit ABRvS 13 april 2011, AB 2011/215, m.nt. J. Dijkgraaf, volgt dat dit het geval is als 'de subsidie strekt tot ondersteuning van bedrijfsactiviteiten, uit te voeren binnen hetzelfde marktsegment en verzorgingsgebied als waarbinnen de derde werkzaam is'. Relevant daarbij kan zijn of de subsidie kan leiden tot (dreigend) omzetverlies bij de concurrent. Potentiële concurrenten kunnen als belanghebbende worden aangemerkt als zij concrete plannen hebben en zijn begonnen met de uitvoering daarvan.

J. Wieland signaleert dat het criterium dat de activiteiten in hetzelfde marktsegment en binnen hetzelfde verzorgingsgebied moeten worden verricht, een helder maar grof criterium is. De toetsing door de Afdeling en CBb geschiedt, in tegenstelling tot in mededingingsrechtelijke jurisprudentie, in algemene termen. Hij pleit ervoor dat in plaats van te kijken of de activiteiten 'vergelijkbaar' zijn, gekeken wordt of de activiteiten 'inwisselbaar' zijn (J. Wieland, *De concurrent in het bestuursrecht: de relevante markt ruim afgebakend*, NTB 2013/17). In dit geval zou dit volgens ons geen verschil gemaakt hebben, omdat bij

het exploiteren van een veerdienst sowieso sprake is inwisselbare diensten.

4.

De concessieverlening is gebaseerd op artikel 7a Besluit personenvervoer 2000 (Bp2000). Het derde lid van dit artikel bepaalt dat concessies worden verleend nadat daartoe een aanbesteding is gehouden. Daarbij is volgens dat artikellid artikel 5, lid 3, PSO-verordening van toepassing. Het vierde lid van artikel 7a Bp2000 bepaalt dat concessies voor de eerste maal verleend mogen worden zonder dat daartoe een aanbesteding is gehouden, mits voldaan wordt aan een van de kenmerken van artikel 5, vierde lid, van de PSO-verordening. Van deze bevoegdheid tot onderhandse gunning heeft de minister in casu gebruik gemaakt. Appellanten betogen allereerst dat artikel 7a Bp2000 in strijd is met de Cabotageverordening. Deze verordening heeft betrekking op 'zeevervoer' en vervoer op de Waddenzee zou vervoer over zee in de zin van de Cabotageverordening betreffen. Appellanten betogen ten tweede dat als de Cabotageverordening niet, maar de PSO-verordening wel van toepassing zou zijn, niet voldaan zou zijn aan de in de PSO-verordening genoemde kenmerken die een onderhandse gunning mogelijk maken. Het CBb stelt over beide rechtsvragen prejudiciële vragen.

5.

Als het vervoer op de Waddenzee zou moeten worden aangemerkt als zeevervoer in de zin van de Cabotageverordening dan zou dat, volgens appellanten, tot gevolg hebben dat de concessie, op grond van de Cabotageverordening, had moeten worden aanbesteed, omdat de Cabotageverordening een non-discriminatiebeginsel bevat. De vraag of sprake is van zeevervoer in de zin van de Cabotageverordening kwam ook aan de orde in het hiervoor genoemde vonnis van de Rechtbank Leeuwarden (NJF 2013/145). De rechtbank Leeuwarden stelde geen prejudiciële vraag, maar beantwoordde de vraag ontkennend. De Waddenzee is volgens de rechtbank een binnenwater. Het feit dat de Cabotageverordening het begrip 'binnenwater' niet kent, hoeft volgens de rechtbank niet te betekenen dat de communautaire wetgever geen onderscheid maakt tussen vervoer over binnenwateren en vervoer over zee. Voor deze conclusie verwijst de rechtbank onder meer naar artikel 100 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) waarin dit onderscheid wel wordt gemaakt. Ook acht zij van belang dat de Waddenzee in bijlage 1 van richtlijn 2006/87 als binnenwater wordt aangemerkt. Deze richtlijn heeft betrekking op de vaststelling van technische voorschriften voor binnenschepen. Het CBb constateert dat de richtlijn een ander doel heeft dan de Cabotageverordening en twijfelt of de richtlijn kan worden gebruikt voor de uitleg van het toepassingsbereik van de Cabotageverordening. Daarom stelt het CBb een prejudiciële vraag hierover. In algemene zin valt het toe te juichen dat het CBb een prejudiciële vraag stelt bij twijfel over uitleg van het Unierecht. Vooruitlopend op het arrest van het Hof van Justitie merken wij op dat het volgens ons de rechtszekerheid niet ten goede zou komen indien voor de toepassing van verschillende Europeesrechtelijke richtlijnen en/of verordeningen Europese wateren anders zouden worden gekwalificeerd. Het zou dan ook vanuit dit oogpunt, zeker nu een definitie in de verordening ontbreekt, de voorkeur verdienen dat de Waddenzee ook voor het toepassingsbereik van de Cabotageverordening aangemerkt zou worden als binnenwater.

6.

De tweede en derde prejudiciële vraag hebben beide betrekking op de uitleg van één zinsnede uit de PSO-verordening. Het betreft de zinsnede die onderdeel uitmaakt van artikel 1, tweede lid, PSO-verordening: "*De lidstaten kunnen de bepalingen van deze verordening toepassen op het openbare personenvervoer over de binnenwateren en in de nationale zeewateren, onverminderd de Cabotageverordening.*"

In de eerste plaats is de vraag of in het woord '*onverminderd*' moet worden gelezen dat toepasselijkheid van de Cabotageverordening in de weg staat aan toepasselijkheid van de PSO-verordening (vraag 2). Wij delen het standpunt van het CBb dat de genoemde zinsnede geen duidelijkheid biedt over de vraag hoe de Cabotageverordening zich tot de PSO-verordening verhoudt. Het woord '*onverminderd*' lijkt erop te duiden dat in geval van strijdigheid tussen beide verordeningen de Cabotageverordening prevaleert. Dit is van belang, omdat een punt van strijdigheid tussen beide verordeningen is dat de PSO-verordening onderhandse gunning van concessies in bepaalde gevallen mogelijk maakt, terwijl de Cabotageverordening — kort gezegd — voorschrijft dat openbare-dienstcontracten niet op niet-discriminatoire grondslag worden verleend en daarop geen uitzonderingen maakt. Kan uit artikel 1, tweede lid, PSO-verordening worden afgeleid dat de bepalingen omtrent de nieuwe 'gunningsmogelijkheden' uit de PSO-verordening ook voor cabotagevervoer over zee kunnen gaan gelden, mits nationale wetgeving dit mogelijk maakt? Of moet het woord '*onverminderd*' zodanig worden uitgelegd dat de PSO-verordening geen afbreuk mag doen aan bepalingen uit de Cabotageverordening zodat deze bepalingen juist niet voor het vervoer zoals bedoeld in die verordening kunnen gelden? Al met al is de vraag van het CBb een interessante en is het daarom te hopen dat het Hof aan beantwoording van deze vraag toe zal komen.

In de tweede plaats leiden de woorden '*bepalingen van deze verordening*' uit de genoemde zinsnede tot de vraag of het de lidstaten vrijstaat om uitsluitend één of meer specifieke onderdelen van deze verordening op het openbaar personenvervoer over water van toepassing te verklaren (vraag 3). De Nederlandse vertaling doet vermoeden dat dit inderdaad mogelijk is. Echter, de Duitse en Engelse taalversie verwijzen naar '*de verordening*' en dus niet naar

‘bepalingen van deze verordening’ hetgeen erop lijkt te duiden dat enkel de gehele verordening van toepassing mag worden verklaard op openbaar personenvervoer over het water. Wij betwijfelen of het de bedoeling van de PSO-verordening is om toe te staan dat slechts delen van de verordening van toepassing worden verklaard. Dit kan namelijk ‘cherry-picking’ in de hand werken, hetgeen in feite in Nederland ook aan de orde is. Immers, volgens de huidige stand van de Nederlandse wet- en regelgeving mogen de concessies wel — onder verwijzing naar één bepaling uit de PSO-verordening — onderhands worden gegund, maar hoeft niet te worden voldaan aan de waarborgen op het gebied van transparantie en non-discriminatie waarmee deze gunningswijze in de PSO-verordening is omkleed. Het is dan ook de vraag of artikel 7a, leden 3 en 4, Bp2000 in overeenstemming zijn met artikel 1, tweede lid, PSO-verordening, nu deze bepaling de bepalingen niet van toepassing verklaart op het openbaar personenvervoer over water.

7.

Vraag 4 luidt of de uitzondering uit artikel 5, lid 4, PSO-verordening, in het bijzonder het daarin opgenomen afstandscriterium van 300.000 kilometers, (zonder meer) van toepassing kan worden verklaard op openbaar personenvervoer over water. Wie meer wil weten over de achtergrond van dit criterium verwijzen wij naar N. Saanen, *De voorgenomen concessies voor de Waddenveerdiensten: concurrentie om het water... of niet?* TVR, 2009-6, p. 171- 179. Uit de totstandkomingsgeschiedenis zou kunnen worden afgeleid dat het criterium alleen betrekking zou hebben op vervoer per spoor en over de weg. Dit blijkt echter niet uit de tekst van de PSO-verordening. Het zou volgens ons de rechtszekerheid niet ten goede komen, indien eerst naar aanleiding van deze uitspraak (zes jaar na inwerkingtreding van de PSO-verordening) zou blijken dat de kilometerdrempel, ondanks het bepaalde in artikel 1, lid 2, PSO-verordening, niet van toepassing kan worden verklaard op openbaar personenvervoer over water.

8.

De laatste vraag van het CBb heeft betrekking op de gevolgen van het niet-voldoen aan het voorschrift van artikel 7, lid 2, PSO-verordening. Dit artikel schrijft — kort gezegd — voor dat ten minste één jaar vóór de concessieverlening informatie over onder meer de wijze van gunning bekend wordt gemaakt. In de vraag verwijst het CBb naar vraag 4, terwijl de vraag volgens ons lijkt voort te borduren op de derde vraag. Immers, indien blijkt dat de wetgever niet slechts een aantal specifieke bepalingen uit de PSO-verordening van toepassing mocht verklaren op openbaar personenvervoer over water, dan zou artikel 7, lid 2, PSO-verordening rechtstreekse toepassing hebben gehad en zou die bepaling ten onrechte niet zijn nageleefd. De bekendmakingsverplichting vormt een van de fundamentele beginselen van het aanbestedingsrecht en het niet in acht nemen van deze verplichting kan zelfs een volledige heraanbesteding nodig maken. Het is afwachten of het Hof van Justitie ook in dit geval een dergelijk verstrekkend oordeel zal geven.

9.

Uit het voorgaande wordt duidelijk dat de onduidelijkheid van artikel 1, tweede lid, PSO-verordening tot interessante vragen leidt. Enerzijds betreft het de vraag over de verhouding tussen de Cabotageverordening en de PSO-verordening en anderzijds de vraag of deze bepaling toestaat dat enkel één of meer specifieke bepalingen uit de PSO-verordening van toepassing worden verklaard op openbaar personenvervoer over water. Beantwoording van het Hof van Justitie zal wel even op zich laten wachten. Inmiddels heeft de staatssecretaris van infrastructuur en milieu aan de Tweede Kamer bericht dat het CBb is gevraagd om een verzoek in te dienen bij het Hof voor versnelde behandeling van de zaak (Aanhangsel van de *Handelingen II*, 2012/13, 2556, p. 2). Wordt vervolgd...

Voetnoten



Corine Houtkooper is advocaat bij Stibbe te Amsterdam. Annemarie Drahmman is senior Professional Support Lawyer bij Stibbe en promovenda aan de afdeling staats- en bestuursrecht van de Universiteit Leiden.